

“IUS” Y “MATRIMONIUM” EN EL DERECHO ROMANO

[“IUS” AND “MATRIMONIUM” IN ROMAN LAW]

ALFREDO GUSTAVO DI PIETRO¹

Resumen: Este trabajo, pretende aproximarse al concepto de matrimonio en el derecho romano, a partir de las palabras que aparecen en los textos clásicos. Coniunctio, consortium y affectio, son las tres palabras que utilizan los juristas para referirse al matrimonio. El matrimonio romano, a pesar de la expresión “ius connubi”, no es un acto jurídico. El matrimonio como contrato es una creación medieval y ajena al derecho clásico. El derecho francés va a conservar la idea de contrato, y el derecho canónico actual va a tomar la idea de “foedus” y de “contractus” aunque con un sentido distinto al del latín clásico.

Palabras clave: Matrimonio, Coniunctio, Consortium, Affectio, Foedus, Contrato

Abstract: This article aims to approach the concept of marriage in Roman law, from the words that appear in the classical texts. Coniunctio and affection, consortium, are the three words used by Jurists to refer to marriage. The roman marriage, is not a juridical expression. The marriage contract is a medieval construction and outside the roman classical law. French law is to preserve the idea of contract, and the current ecclesiastical law will take the idea of “foedus” and “contractus” but with a different meaning from the classical latin language.

Keywords: Marriage, Coniunctio, Consortium, Affectio, Foedus, Contract, Ius.

I

Una de las cuestiones más interesantes en la historia del derecho, es la que se vincula con la tarea de definir el matrimonio.

Muchos han querido definirlo como una institución, como un contrato, como una alianza. Sin embargo, los juristas romanos, aún conociendo el significado de tales palabras, evitaron pronunciarlas cuando se refirieron al matrimonio.

La cuestión consiste en comprender qué se va a entender en el derecho romano por “matrimonium”, y cuál es la relación entre el “matrimonium” y el “ius”.

Como es sabido, en el derecho romano no abundan las definiciones. Sin embargo, en los textos de los juristas, encontramos dos definiciones muy significativas: Una de ellas, corresponde al derecho clásico, en Digesto 23.2.1 encontramos la bella

¹ alfredodipietro@gmail.com. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Salvador.

Artículo recibido: 09/2012; Artículo Aceptado 10/2012.

Iushistoria, Año 5, Nº 5 (2012), pp. .

© Universidad del Salvador. Facultad de Ciencias Jurídicas y Facultad de Historia, Geografía y Turismo. ISSN (Impresa) 1852-6225, ISSN (En Línea) 1852-3522.

definición de Modestino, que fue redactada sobre la base de fuentes griegas, entre las cuales podemos mencionar a Platón, Aristóteles e Isócrates¹.

Pese a ello, la discusión no le quita importancia, porque los términos empleados en la definición se corresponden con el lenguaje utilizado por los juristas clásicos. Modestino va a definir el matrimonio diciendo: “El matrimonio es la unión de macho y hembra, consorcio de toda la vida, participación de cuestiones divinas y humanas”.² **Mari** proviene de “mas”, que significa “macho”, y de donde se forma en la lengua española el vocablo masculino. **Femina** significa hembra, en un sentido netamente sexual.

Otra definición, se encuentra en Institutas I.9.I, en donde se define al matrimonio como,

Las nupcias o el matrimonio es la unión de hombre y mujer que contiene la conservación indivisa de la vida.³

El lenguaje empleado en los textos, revela el uso de ciertas palabras muy significativas, como así también, la exclusión de ciertos términos jurídicos que podrían haber sido utilizados, y sin embargo, los juristas se negaron a emplear, como ocurre con el término “**societas**”, -íntimamente ligado a los negocios patrimoniales-, y con el vocablo “**contractus**”.

II

Coniunctio et consortium et affectio

Conviene ahora analizar esas tres palabras que se hallan presentes en las definiciones.

En primer lugar, el vocablo “**coniunctio**”, que apresuradamente podemos traducir por “unión”, pero cuyo significado es aún más profundo, y simbólico.

La “coniunctio” está íntimamente ligada a la procreación y a la generación de la vida.

Así, dice Varro (De Lingua Lat. V, 60):

¹ Esta definición, no fue considerada auténtica por autores como Bonfante, (Cfr. Corso, I, 193), ni tampoco por Solazzi (Annali Maceratta, 5, 1929, pág. 27 y ss.), aunque sí por Albertario (Studi, I 1933, 181 y ss.).

² “*Matrimonium est coniunctio mari et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”

³ “*Nuptiam autem sive matrimonium est vires et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens*”.

Unidos, (iuncti) el cielo y la tierra engendraron a partir de sí mismos a todos los demás seres, porque merced a esos elementos de la naturaleza, mezcla del calor con el frío, la aridez con la humedad.¹

Y más adelante:

Así, pues, las condiciones para que se produzca el nacimiento, son dos: el fuego y el agua. Por eso, en las bodas se colocan ambos elementos en el umbral de la casa, porque allí tiene lugar una unión (coniungitur hic): el fuego es el varón, porque en él está la simiente; el agua es la mujer, porque el feto es fruto de su humedad. Y la fuerza de la fusión de ambos (vis vinctionis) es Venus.

Por ello, dice el autor de las comedias: Venus resulta vencedora (victrix) sobre él ¿no lo estás viendo?, no porque Venus quiera vencer (vincere), sino atar (vincire)”. El nombre mismo de Victoria, viene de que los vencidos son atados (vinciuntur).

Y compara esta atadura con la relación entre los cielos y la tierra, diciendo: “Y es que la tierra (Tellus) ha sido la primera en experimentar los lazos (vincta) del cielo, y de ellos se ha seguido la victoria.

Más adelante, en otro texto va a decir:

Cuando los poetas dicen que un semen cayó desde cielo al mar, y que Venus nació de las espumas por la unión del fuego y la humedad, dan a entender que el resultado de esa fuerza (vis) que poseen esos elementos es Venus. Y a lo que nace de esa fuerza (vi natis), se le llama vida (vita).

La idea viene de Lucilio: La vida (vita) es fuerza (vis); la fuerza nos impulsa a emprender todas las acciones. (cfr. Lucilio, Saturae).²

¹ “*Quibus iuncti Caelum et Terra omnia ex se genuerunt, quod per hos natura Frigori miscet calores atque humori aritudinem*”.

² Cfr. Varro, De Lingua Lat. V, 60 y ss.: “*Animae et corporis discessus quod natis is exitus, inde exitium, ut cum in unum ineunt, initia. Inde omne corpus, ubi nimius ardour aut humor, aut interit aut, si manet, sterile. Cui testis aestas et hiems, quod in altera aer ardet et spica aret, in altera natura ad nascenda cum imbre et frigore luctare non volt et potius ver expectat. Igitur causa nascendi duplex: ignis et aqua. Ideo ea nuptiis in limine adhibentur, quod coniungitur hic, et mas ignis, quod ibi semen, aqua femina, quod fetus ab eius humore, et horum vinctionis vis Venus,*

Hinc comicus:

Huic victrix Venus, videsne haec?

Non quod vincere velit Venus, sed vincere. Ipsa Victoria ab eo quod superati vinciuntur.

Utrique testis poesis, quod et Victoria et Venus dicitur caeligena: Tellus enim quod prima vincta Caelo. Victoria ex eo. Ideo haec cum corona et palma, quod corona vincium capitis et ipsa a vinctura dicitur

El cielo, como principio fecundante, es generador de la vida. Entonces resultan comprensibles las palabras de Pacuvio, cuando dice: “El cielo añade el alma”¹.

Tan estrecha es la vinculación de la “**coniunctio**” con la generación de la vida, que el mismo Varro, en Fragmenta 28,10, presenta este término como sinónimo de “copulare”.²

III

Otro término que van a emplear los juristas es “**consortium**”, cuya etimología nos aproxima a la idea de diálogo, de conversación. Porque en la lengua latina, conversación se dice “**sermo**”. Así encontramos en Varro:

“Sermo” deriva de “disserit” que es un término agrícola que significa sembrar, porque quien siembra, esparce las semillas, así como quienes discurren en una conversación, expresan sus palabras.

Una conversación, (sermo), no puede tener lugar estando sola una persona, sino cuando entabla diálogo con otra”.

De allí, se forma el verbo “conserere”, que expresa enfrentamiento, guerra entre opuestos.

“Así se nos dice que “trabamos combate” (conserere manum) con el enemigo; así, el llevar a alguien ante el tribunal “poniéndole encima la mano” (manum consertum) de acuerdo con la ley; De aquí, “imponer la mano” (adserere manum) para declarar a alguien libre, cuando lo tocamos; así, la fórmula que pronuncian los augures:

“Si mihi auctor est verbenam manu asserere, dicito consortes”³

vieri, id est vinciri; a quo est in Sota Enni:

Ibant malaci viere Veneriam corollam.

Palma, quod ex utraque parte natura vincta habet paria folia. Poetae de Caelo quod semen igneum cecidisse dicunt in mare ac natam “e spumis” Venerem, coniunctione ignis et humores, quam habent vim significant esse Veneris. A qua vi natis dicta vita et illud a Lucillo: Vis est vita, vides, vis nos facere omnia cogit.

¹ Cfr. Varro, op. Cit., “Recte igitur Pacuius quod ait Animam aether adiugat” Trag. Rom. Frag., de Ribbeck, Leipzig, Teubner, 1897, 3ª ed., p. 94.

² Cfr. Varro.- Fragmenta 28: 9. Item quod ilii συζευγμένο αζώμα dicunt, id alii nostrorum adiunctum, alii, conexum dixerunt. 10. Item quod ilii συζευγμένο, nos vel coniunctum vel copulatum dicimus.

Si se me autoriza a tocar (asserere) con mi mano la verbena, designad a mis colegas (consortes).

La verbena es el ramo de romero que era de uso ritual, y que utilizaban los feciales en el rito previo a la declaración de guerra.

Precisamente de aquí, de donde derivan estos colegas (consortes), deriva también **sors** (suerte). Y asimismo **sortes** (tablillas para sacar una suerte), porque en ellas aparecen las fechas junto con los nombres de las personas y las cosas; de aquí derivan los sortilegios (sortilegi); de aquí que el dinero prestado por un banquero sea una sors (capital), porque en él van incorporados los intereses”.

También se llama “**conserentes**”, a los dioses que presiden la generación.

De tal modo que el “**consortium**” constituye en el hecho de estar unidos en un diálogo constante, para la cópula y la generación de la especie, con todo lo fortuito que ello trae aparejado (sors).

IV

La palabra “**affectio**” aparece también ligada a la idea de matrimonio y constituye una creación romana, que tiene distintos significados. Así, affectio significa inclinación hacia algo. También significa relación, vinculación de dos realidades entre sí, como expresa Cicerón: “**Affectio ad res aliquas**”.

La **affectio maritalis**, se presenta entonces como la relación, el vínculo que sostiene la unión matrimonial entre marido y mujer.

³ Varro, (De lingua lat. VI, 64.): “Quod dicimus disserit item translaticio aequae ex agris verbo: nam ut holitor disserit in areas sui cuiusque generis res, sic in oratione qui facit, disertus. Sermo, opinor, est a serie, unde certa; etiam in vestimento Jartum, quod comprehensum: sermo enim non potest in uno homine esse solo, sed ubi ratio cum altero coniuncta. Sic conserere manum dicimurcum hoste; sic ex iure manum consertum vocare; hinc adsereremanu in libertatem cum prendimus. Sic augures dicunt:

“Si mihi auctor est verbenam manu asserere, dicito consortes”

Hinc etiam, a quo ipsi consortes, sors; hinc etiam sortes, quod in his iuncta tempora cum hominibus ac rebus; ab his sortilege; ab hoc pecunia quae in faenore sors est, impendium quod inter se iungit.

Y esta **affectio**, se pone de manifiesto en conductas externas, que vienen a develar la existencia de una unión matrimonial.

Así, dice la novela 74: (Prefacio):

Porque se dispuso que si alguno teniendo mujer reconocida por el solo afecto hubiere después procreado de ella hijos... ¹

Porque como en las leyes antiguas se promulgó, y lo mismo ha sido establecido por nosotros, **que también por el solo afecto tengan validez y sean firmes las nupcias sin documentos dotales**, porque intervienen testigos que mienten sin riesgo, diciendo que el hombre llamaba señora a aquella con quien estaba unido, y que ella lo llamaba a él del mismo modo, y así se fingen matrimonios entre ellos, no realizados en verdad, hemos estimado menester que era necesario determinar esto según las leyes naturales.

Justiniano, entonces, reservó el registro del matrimonio ante las iglesias, solo para los senadores que no hubiesen constituido dote o donación ante nupcial, y para las dignidades mayores, milicias más honrosas, cargos, y profesiones más dignas, si no quisieren hacer documentos nupciales.

Y cabría traer aquí a colación, otro texto que viene a resultar necesario para esclarecer la cuestión. Se trata de dos citas de Ulpiano, que no define las nupcias sino indirectamente, diciendo: “Es el consentimiento y no la unión sexual lo que hace las nupcias”²; y también: “No es la unión sexual la que hace el matrimonio, sino el afecto marital” ³

Ambos textos son muy significativos, pues develan el sentido de los vocablos “consensus” y “affectio” que Ulpiano emplea, de tal modo que podría sustituirse uno por otro. Es decir: “sed consensus facit”, equivale aquí a “sed maritalis affectio”.

Por tal razón, como señala Schulz, ⁴ no resulta extraño advertir que los juristas guardan absoluto silencio sobre los complejos usos nupciales romanos. No es fácil ver, por ejemplo, por qué las fórmulas consuetudinarias de la *mancipatio* y de la *heredis institutio* se declararon jurídicamente necesarias, mientras que no lo fue la antigua fórmula de conclusión del matrimonio “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*”.

¹ “*Sancitum namque est, ut, si quis habens mulierem puro sibi affectu compertam, deinde filios procreaverit, et postea etiam nuptialia fecerit instrumenta, et legitimos ex ea procreaverit filios...*”

² Cfr. Ulpiano Dig. 35.1.15 = Dig. 50.17.30 *Nuptiae non concubitus, sed consensus facit*

³ Cfr. Ulpiano Dig. 24.1.32.13 *Non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*

⁴ Principios del Derecho Romano, Ed. Civitas, Madrid, 1990, Pág. 43),

V

Sobre la expresión “*iustae nuptiae*”

La expresión “*iustu-s-a-um*” se presenta en los textos ligada al cumplimiento de los ritos tradicionales¹.

Así, la expresión “*iustae nuptiae*” hace referencia a un matrimonio que ha sido celebrado conforme a los ritos que lo maximizan, mereciendo la calificación de “*iustus*”.

No hay que ver en esto un matrimonio “justo”, tal cual nos indicaría una traducción literal, sino más bien, un matrimonio celebrado de acuerdo a los ritos.

Pero estos ritos, no determinan sino el estado “optimo” de alguien con relación a otro. Y esto es lo que determina la situación como “*iusta*”.

De aquí que el matrimonio romano celebrado según los ritos tradicionales no sea otra cosa que el matrimonio ritual.

De acuerdo con el estado actual de las investigaciones², la corriente preponderante hace descender el término “*ius*” del vocablo indoiranio “*yaus*”, el cual reconoce su aplicación, ya en la expresión irania “*yaos*”, ya en la expresión veda “*yoh*”, siendo ambas formas muy vetustas y pertenecientes al más antiguo vocablo religioso³.

¹ Cfr. “*Ius fasque est*” A. Di Pietro, Rev. Prudentia Iuris, I, Pag. 84.

² El vocablo iranio “*yaos*” aparece en el Avesta unido al verbo *da* (hacer), de tal modo que se forma la expresión fija “*yaos da*” (hacer la purificación) cf. Yasna, 44, 9. Ver Di Pietro A. “*Ius fasque est*”, Rev. Prudentia Iuris n. 1.

³ El problema de la etimología de la palabra “*ius*” ha dividido a la doctrina especializada del siguiente modo:

(a) durante mucho tiempo se pensó que el vocablo “*ius*” derivaba de la raíz “*ieu-iug*” que expresa una idea de “ligamen” o “vínculo”, de tal modo que “*ius*” es aquello que “liga”, “ata”, “vincula” a las personas entre sí. Esta posición, vigente para los autores de fin del siglo XIX (fue la seguida por Pott, Etym. Forsch., 1883, I, 213; Meringer, Indogerm. Forsch., 17 (1904-05), Beseler, Beitrage, 4, 100; Ihering, Geist des Rom. Rechts, 1924, I, 218; Bonfante, Inst., párr. 2 n. 1; Westrup, Introd. To early Roman Law), reconoce una rama más actual, la cual, no obstante partir de la misma raíz pone, especialmente, el acento en aquello que resulta unido por estar “cerrado”, “circunscripto”, “tener forma circular o de anillo”, “la asamblea en forma de círculo” y de este modo “el tribunal”, “lo que queda establecido en el tribunal y que, en consecuencia, liga, vincula, une” (Así Trier – ver Kaser M., Das Altrömisches Ius, pág. 27, n. 20, con una buena recensión de esta opinión; también Gioffredi C., Diritto e Processo, pág. 49).

b) Existió también otra línea interpretativa, según la cual “*ius*” derivaría de “*Iouis*”, nombre con el que se lo designa a Iuppiter, constituyendo a éste la fuente del “*ius*”, en forma análoga a la ley que es dada a la “*civitas*” por su sacerdote, el “*rex*”. (En esta línea, Vicco, G. B. Princ. di una Scienza Nuova, II, párr. 398, 433, 489; Asimismo Cocchia, Introd. Stor. Allo studio della lett. Lat., pp. 352 y ss. cit. por Biondi, v. “*Ius*” en el Nuovo Dig. Ital.; Orestano, Bidr., 46, 1940, pág. 218; De Francisci, Stor. Dir.

G. Dumèzil⁴, estableciendo las concordancias y las diferencias entre ambas formas primarias reunidas como hemos dicho en el vocablo “yaus”, resume las distintas acepciones en las dos siguientes:

a) Para designar el estado “máximo”, lo “óptimo” (ya sea desde un punto de vista místico o ritual, como desde un punto de vista físico, material), el cual se logra a partir de una situación determinada.

b) Para designar el estado “normal” (desde los mismos puntos de vista), por el cual se restaura algo a partir de un estado impuro o enfermo.

Vayamos ahora al vocablo latino “ius”. Se puede decir que conserva algo del significado primigenio del “yaus”, si consideramos la primera acepción (“máxima” u “óptima” ubicación a la que se llega partiendo de una situación dada). Así podremos adentrarnos en el sentido primitivo del “ius” romano.

Ocurre, sin embargo, que existe una cuestión importante, ya que en la mención de los textos respectivos, la aplicación de “yaus” está siempre circunscripta a algo o a alguien.

Así en Zoroastro quien pretende lograr su “optimum” místico (Yasna 44, 9); es la libación la que será “purificada” (Yast, X, 120), etc. En cambio, la aplicación de “ius” entendido como pretensión máxima u óptima que una persona puede tener respecto a algo, (v. gr. ser dominus ex iure Quiritium de una res Mancipi) o de alguien (v. gr. tener una potestas sobre otro), nos obliga a tener que recurrir a la “alterización”, puesto que lo “óptimo” de un individuo sólo puede ser definido en relación con el otro, ya que lo jurídico está caracterizado por la “alteridad”: el “ius” (como situación óptima) de cada uno, encuentra invariablemente la situación de otro.

Rom., 1931, pág. 286.)

c) Pero la opinión más aceptada en la actualidad, es la señalada en el texto que hace descender al vocablo “ius” del indoiranio “yaus”. Dentro de esta corriente mayoritaria hay autores como Breal et Bailly, Dict. Etym.; Ernout et Meillet, Dict. Etym.; Dumézil G., Rev. De l’histoire des relig., 124 (1947-48), pp. 23 y ss., reproducido en Idées romaines, Gallimard, Paris, 1969, pp. 31 y ss.; Devoto, Atti Cong. Inter. Di Dir. Rom., Roma, 1, (1934), pág. 23 y ss.; Graneris, Philosophia Iuris, cit., pp. 33 y ss.; Noailler P., Du droit sacré au droit civil, Paris, Sirey, 1949, p. 23; Levy-Bruhl H. Recherches sur les actions de la loi, Paris, Sirey, 1960, pág. 59.

⁴ Dumézil G., Revue de l’histoire des religions 124 (1947-48), pp. 23 y ss., reproducido en Idées romaines, Gallimard, Paris, 1969, pp. 31 y ss.

Aquí residiría la diferencia fundamental respecto del “*yaus*”, pues este término puede ser empleado tanto en un sentido de individualidad como de alteridad en cuanto a que el “*optimum*” jurídico sólo puede ser entendido con relación a la situación jurídica de otro.

Pero aún así, no obstante la divergencia señalada, el sentido esencial continúa siendo válido. Cada hombre tiene un “*status*” determinado, que puede “*maximizar*” u “*optimizar*”, pero ello no depende de su subjetividad sino que depende de algo exterior. Las expresiones “*ius est*” o “*ius non est*” para determinar que algo es “*iustum*” o “*iniustum*”, hace depender la situación de algo que excede a los individuos. Para que un individuo pueda alcanzar el “*ius*” como “*pretensión máxima*”, respecto de algo o de alguien es necesario poner en práctica la realización de determinados ritos, que producen el efecto de la adquisición de ese “*optimum*”¹.

De este modo, la relación “*yaus-ius-ritos*”, se explica muy fácilmente. Así como el sacerdote iranio que va a purificar la libación para la ofrenda debe cumplir determinada prescripciones rituales, así también el romano, para alcanzar su pretensión “*máxima*” u “*óptima*” de acreedor, de propietario, etc., debe cumplimentar determinadas reglas, o en su caso, deben ocurrir determinados acontecimientos que de acuerdo con dichas prescripciones rituales produzcan el efecto jurídico pretendido.

Así, cuando se habla de “*iustum bellum*”², de “*iusta deditio*”³, de “*iusti dies*”⁴, para que cada uno de ellos pueda ser calificado de jurídico depende de que se hayan cumplimentado las ceremonias rituales que deben respetarse minuciosamente.

¹ Sobre esta aplicación, en textos romanos de las expresiones “*ius est*”, “*ius non est*”, “*iure*”, “*iustum*”, ver **Gioffredi**, Carlo, “*Ius, lex, praetor*”. Lateran University Press, *Studia et Documenta*, 1947-1948, pp. 40, 41. Y del mismo autor, “*Diritto e Processo nelle antiche forme giuridiche romane*”, Roma, 1955, pág. 49.

² Es decir, la guerra declarada de acuerdo con los ritos de los *feciales*; Tito Livio, I, 32; V, 27, 6; Cicerón, *De Re Pública*, II, 17, 31; *De Officiis*, I, 11, 36; Aul. Gell., XVI, 4.

³ Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, IX, 107.

⁴ Festus, *Epitome*, 92: “*Iusti dicebantur triginta, cum exercitus esse imperatus et vexillum in arce positum*”; Serv., *ad Aen.*, VIII, 1; Aul. Gell. XV, 27, 4. Macrobio, I, 16, 15.

Esto es lo que determina para los indoiranios el fiel significado del ‘yaus’ como “estado máximo”, “óptimo”, de pureza, de bienestar, de misticismo, y también el que por otro lado determina el estado “óptimo de alguien con relación a otro”; esto es el “ius”.

“Ius”, por lo tanto, puede ser comprendido, debido a su necesaria “alteridad”, no sólo como el “optimum status” que corresponde alcanzar, sino además, como la “medida objetiva” del mismo., la cual se determinará por el cumplimiento de las reglas establecidas para llegar a esa situación, es decir, por la realización de los “ritos” que permitirán “cualificar” el status.

Podemos así entender que “cumplir los ritos” es determinar la “licitud” de la situación. A ello obedece esa atmósfera, por así decirlo mágica –según llaman algunos- con que se nos presentan los viejos actos del derecho quirritario.

Resulta interesante señalar, que cuando los autores se refieren a esta época, dicen generalmente que las fuentes del derecho estaban representadas por las “mores maiorum” (costumbres de los antepasados), denotando el virtual parentesco que la palabra “mos” tiene con el vocablo “ritus”¹.

Creemos que se puede hablar correctamente de dichas “mores maiorum” como de los “ritos de los antepasados”, es decir los ritos que se practicaban regularmente en las agrupaciones clánicas.²

Si pretendiéramos re-crear la “forma mentis” del viejo romano, podríamos decir que pensaba de este modo: “si cumplo con los ritos, las fórmulas prescriptas, ello determinará que mi posición sea “iusta”.

En ciertas reglas conservadas de la Ley de las XII Tablas como aquella que dice “cum nexu faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto” (VI, I), y también aquella otra: “uti legassit super pecunia tutelaue suae rei, ita ius esto” (V, 3), en ambas, la expresión final (ita ius esto) tiene un claro sentido de establecer como “lícito” todo aquello que el individuo singular realizara por la “nuncupatio” en

¹ Di Pietro Alfredo, *Verbum Iuris*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1968, pp. 37 y ss.

² Festus, *Epitome*, 364, 34: “ritus est mos comprobatus in administrandis sacrificiis”, y también en 337, 4: “ritus, mos vel consuetudo. Rito autem significat bono ac recto”.

los ritos de los legados, demostrando que la validez de los negocios depende esencialmente de la satisfacción de las reglas rituales.

Es el rito el que “mide mi situación”, el que “determina mi optimum”, en el sentido de “lo que me corresponde, al mismo tiempo que por su alteridad, determina la situación que le corresponde a otro.

La expresión “*iustae nuptiae*”, entonces, significa justamente eso: matrimonio celebrado conforme a los ritos preestablecidos por los “*mores maiorum*”. Pero de ningún modo se puede inferir de ello, que el matrimonio resulte un acto jurídico.

Desde una perspectiva romanística clásica, un matrimonio “*iustum*” no es otra cosa que un matrimonio celebrado conforme lo óptimo ritual.

Curiosamente, ningún jurista clásico se ha referido a la “naturaleza” de estas “*iustae nuptiae*”, pues el rito matrimonial se encuentra ubicado en un ámbito ajeno al de la *interpretatio*.

VI

A partir de la edad media, va a irrumpir la idea del matrimonio como un contrato, en particular a partir de los textos de Pedro Lombardo, que va a sostener la suficiencia del consentimiento para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial.

Sobre esta base se va a formular la tesis de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, en cuanto a que el sacramento, aparece en el mismo acto de expresión de la voluntad, con la consecuencia de un vínculo indisoluble.

Santo Tomás de Aquino, trató esta cuestión en el Comentario de las Sentencias de Pedro Lombardo. Al haber dejado inconclusa la *Summa Theologica*, no alcanzó a completar el Tratado del Matrimonio, que en las ediciones es sustituido por lo escrito en la antedicha obra.

Acepta el principio según el cual el matrimonio es consensual, y cita a Crisóstomo diciendo: *Matrimonium non facit coitus, sed voluntas*¹,

En la *quaestio XLVII* de la *Summa*, expresa el aquinate que,

¹ Sent. IV 27.1.2.1.

Siendo el matrimonio una forma de contrato, puede suceder, como en todos los contratos, que la voluntad sea víctima de una violencia o de una fuerza que provenga de una amenaza o de un peligro inminente...

Así, en las cuestiones siguientes continúa desarrollando el tema del consentimiento como la voluntad expresada en un solo instante, como podría ocurrir en una compraventa, una locación, e incluso en un contrato de sociedad.

Tal concepción, que ubica al matrimonio dentro de una categoría jurídica, es ya distinta de la concepción romana. La **affectio maritalis** va a ser sustituida por la voluntad, como elemento constitutivo de un acto jurídico.

Curiosamente, esta misma idea del matrimonio como contrato, va a ser retomada por los juristas del derecho napoleónico, pero bajo la idea de una ruptura entre contrato y sacramento.

Así, inicia Troplong su Tratado de Derecho Civil, diciendo:

No sé si, como se ha dicho, el contrato de matrimonio es el primero de todos los contratos; Es suficiente que sea uno de los más importantes para merecer un alto grado de nuestra atención. Organiza el régimen interior de la más antigua y más necesaria de las asociaciones, la familia, y seguidamente, por una correspondencia providencial, las sociedades más amplias, de la que la familia es el núcleo. El hombre no ha nacido para vivir solo; la soledad pesa sobre su corazón, que necesita amar y ser amado. El contrato de matrimonio que se agrega a las nupcias para presidir la economía doméstica, y perfeccionar la asociación, tiene la dignidad misma de la unión matrimonial, y es a ambos dos, indistintamente, que corresponde aplicar las palabras de Platon: -Para que una república sea bien ordenada, las principales leyes deben ser aquéllas que reglan el matrimonio-.¹

¹ *Je ne sais si, comme on le dit quelquefois, le contrat du mariage est le premier de tous les contrats; il suffit qu'il sois l'un des plus importants pour mériter à un Aut degré notre attention. Il organise le regime interieur de la plus antique et de la plus necessaire des associations, de celle d'ou nait la famille, et d'ou naissent ensuite, par un enchainement providentiel, les sociétés plus étendues dont la famille est la molécule. L'homme n'est pas né pour vivre seul; la solitude pèse sur son coeur, qui a besoin d'aimer et d'être aimé. (...) Le contrat de mariage, qui s'ajoute au mariage pour présider à l'economie domestique et faire fleurir l'asociation, a donc toute la gravité du mariage lui même, et c'est à tous les deux indistinctement que s'appliquent ces paroles de Platon: -Pour qu'une république sois bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage- (De Legib. 4). (Cfr. Troplong, Le Droit Civil expliqué, 1851, préface).*

Resulta interesante destacar que con estas palabras, Troplong no solo exalta el lugar que viene a tener el matrimonio en la vida de una sociedad, sino que al mismo tiempo distingue el matrimonio y el contrato de matrimonio.

El mismo autor, al realizar el comentario del Código Civil francés, va a decir:

El matrimonio une la mano de los esposos; el contrato de matrimonio, rige sus intereses. El primero considera las personas; el segundo considera los bienes. Cada uno de ellos tiene sus propias reglas y su esfera distinta. Se unen de la manera más íntima de tal suerte que éste último, no podría existir sin la condición de existencia del primero.¹

Vazeille, va incluso a decir que el matrimonio no se prueba sino por los hechos, y va a utilizar el vocablo latino “coniunctio”.²

¹ *Le mariage unit la main des époux; le contrat de mariage régit leurs intérêts. Le premier considère les personnes; le second considère les biens. Chacun d’eux a ses règles et sa sphère distincte. Ils se lient cependant de la manière la plus intime. De telle sorte que celui-ci ne saurait exister qu’à la condition de l’existence de celui la. (Cfr. Troplong, Le Droit Civil expliqué, 1851, pág. 10).*

² *Les cérémonies de la confarréation avaient un ensemble pompeux, quelque chose d’imposant et une grande publicité; elles constituaient le mariage avec certitude. Les formalités de l’acquisition réciproque le démontraient aussi avec assez d’évidence; mais ni l’un ni l’autre de ces modes, n’était d’obligation pour personne; ils étaient même interdits aux étrangers. Aucune autre solennité n’était commandée, aucun écrit public ni privé n’était exigé pour établir le mariage: il pouvait se former par des simples consentements verbalement donnés; et il se prouvait pour l’exécution. (L. 9 et 22, c. De nupt.) . Traité du mariage, F.M.A.Vazeille, Tomo I pág. 11 y ss.*

Le concubinage que la loi autorisait, était désigné par la dénomination d’habitude licite, licita consuetudo. Il recevait même le nom d’union légitime, mais abati l’épithète d’injuste: Injustae nuptiae et legitimae.

Ce mot légitime, n’avait pas ici sa signification la plus étendue et la plus favorable; il n’avait qu’un sens relatif aux deux espèces de concubinage, pour distinguer celui qui était permis de celui qui était défendu. La permission de la loi ne s’appliquait qu’aux personnes non mariés ou veuves, et dont le commerce ne serait pas incestueux. Le concubinage était si bien affermi dans les mœurs qu’on ne put que le modifier en lui donnant une consistance légale. (L. unic., c. De concub.- L. 1 et 3, ss. Cod. – L. 56 De ritu nupt.). Traité du mariage, F.M.A.Vazeille, Tomo I pág. 12 y ss.

L’état des concubines n’était pourtant pas regardé comme déshonorant. Si elles n’avaient pas le rang, elles tenaient la place de l’épouse. Traité du mariage, F.M.A.Vazeille, Tomo I pág. 13.

Le mariage, dans le droit romain, pouvant ne ressortir que du fait de la conjonction des personnes, et le concubinage licite, présentant les memes apparences de fait, il n’était pas facile de

VII

En nuestro derecho, Velez Sarsfield, (notas al art. 159 del C. Civil, artículo hoy derogado), avanza aún más sobre la idea del contrato, y va a decir:

En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolución francesa y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos.

Y más adelante añade su postura:

Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces, las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferente de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución.

Y siguiendo un texto de Lord Robertson en sus notas a Fergusson sobre el matrimonio y el divorcio, -el cual considera que el matrimonio es un contrato consensual “sui generis”-, dice:

...se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. (...) No es extraño, pues, que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato, no se dejen a la voluntad de los contrayentes, sino que sean regidos por las leyes de cada país.

VIII

Finalmente, debemos considerar la idea del matrimonio como “**foedus**”, que aparece en el nuevo código de derecho canónico, el cual define el matrimonio con estas palabras:

La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.¹

distinguer ces deux états. La loi de concubinisme, déclara qu'il fallait considérer l'intention de l'homme dans l'union qu'il avait formée. On jugeait donc, par les circonstances, s'il avait voulu se donner une épouse ou une concubine. Sa condition, comparée à celle de la femme, servait à déterminer le caractère de leur union.

Y a continuación, aparece la expresión “**matrimonialis contractus**”.¹

Es curioso destacar que en el mismo canon, se emplean dos palabras distintas para definir al matrimonio. Por un lado se habla del “foedus matrimoniale” (c. 1055,1) y por otro se emplea la expresión “matrimonialis contractus”.

Reconociendo que ambos conceptos expresan realidades diferentes, cabe señalar que “ambas expresiones resultan inadecuadas para definir completamente la realidad matrimonial”.²

Es importante destacar que el vocablo **foedus**, en la literatura latina, aparece siempre vinculado al ámbito público. Así, en Varro, encontramos que,

Los fetiales poseen este nombre porque tienen la responsabilidad del cumplimiento de los compromisos públicos en las relaciones internacionales. Merced a su intervención era por lo que una guerra declarada se consideraba justa, y, una vez concluida, se establecía el compromiso, del cumplimiento de la paz en virtud de un tratado (foedus). (...) Todavía en la actualidad, intervienen en el establecimiento de un tratado (foedus), palabra que, según Ennio, se decía fidus.³

En el Código de derecho canónico, la palabra **foedus**, encuentra su sentido en relación al deber de fidelidad que se deben los esposos.

Sin embargo, en el derecho romano, la palabra foedus es ajena al derecho privado.

IX

La conclusión se presenta entonces más clara. Coniunctio, consortium, y affectio son las palabras que definen el matrimonio romano como un factum eminentemente moral.

¹ C.I.C. Canon 1055,1 “Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem ordinatum...”.

¹ C.I.C. Canon 1055,2 “Quare inter baptizatos nequit matrimoniales contractus validus consistere quin sit eo ipso sacramentum”.

² Cfr. C.I.C. comentado, XVI Ed. B.A.C., Madrid, 1999, comentario al C. 1055, Pág. 544.

³ VARRO, *op. Cit.*, VI, 86, “Fetiales, quod fidei publicae Inter. Populos praecerant;: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum., et inde desitum ut foedere fides pacis constitueretur. Et his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent et per hos etiam nunc fit foedus, quod fidus Ennius scribit dictum”.

Mientras el derecho romano dejaba librado a las mores maiorum la celebración del matrimonio y su esencia, y sólo se ocupaba de los aspectos patrimoniales, la ley eclesiástica se va a ocupar mas de su definición, y de su naturaleza, relegando a la ley civil la cuestión patrimonial.

La posteridad jurídica, ha querido sustraer el matrimonio del ámbito divino de las mores, para ubicarlo en el de los contratos. De los misterios de la “divini et humani iuris communicatio”, el matrimonio ha sido trasladado al lugar de negotium “sui generis”.

Semejante idea, hubiera llenado de asombro a cualquier jurista clásico.

BIBLIOGRAFIA

ACCURSIUS. (1589). “Magna Glosa”, Venecia.

AGUSTIN DE HIPONA. (1974). *De nuptiis et concuspicencia*, dedicado al Conde Valerio. Paris.

AMBROSINO, R. (1945). “Succesio in ius, succesio in locum” en *Studia et Documenta* 10, 1945.

BIONDI, Biondo.(1952) *Diritto Romano Cristiano*, Giuffré Ed., Milano, 1952

BONFANTE, P. (1993). *Corso di Diritto Romano*, 1933.

CROOK, (1967). *Law and life in Rome*, Cornell University Press, Thames and Husdon.

CODIGO DE DERECHO CANONICO, comentado, XVI Ed. B.A.C., Madrid, 1999

D’ ORS, A. (1949). “De la lex privata al Derecho Privado y al Derecho Civil”. Boletim da *Facultade de Direito de Coimbra*. 1949.

DUMEZIL, G.(1947-1948) *Revue de l’ historie des religions* 124.

DABIN, J. (1964). “Doit subjectif et subjectivisme juridique”. *Archives de Philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1964.

DODDS, E.R. (1965). *Pagan and Christian in Age of Anxiety*. Cambridge, 1965.

DUGUIT, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*, 1ª edición, 1927.

- FOUCAULT, Michel.** (1984). *Histoire de la Sexualité*. Paris, Gallimard.
- GAIUS, Instituta,** Trad. Alfredo Di Pietro, Abeledo Perrot, 5ª Ed., 1997.
- GARCIA DEL CORRAL.** (1889). *Corpus Iuris Civilis*, Madrid.
- GIOFFREDI, C. (1948).** Ius, lex, praetor. En *Studia et Documenta* 13-14, 1947-1948.
- HEINECCIO. (1749).** *Elementos de Derecho Civil*.
- IDEES ROMAINES, G.** (1969)., Paris.
- KASER, Max.** Das altrömischer “ius”, 1949.
- KASER, M. (1971).** *Das Römische Privatesrechts*. Munich, Beck.
- KASER, M. (1978).** “Zur Problematik der romischen Rechtsquellenlehre” F. Schwin.
- KOSCHAKER, P. (1955)..** *Europa y el Derecho Romano*, Madrid.
- MAC MULLEN, R. (1981).** *Paganism in the Roman Empire*. Yale University Press.
- MÖLLER, M. (1954).** Die Lehre des heiligen Augustins von der Paradiesehe und ihre Auswirkung in der Sexualethik des 12 und 13 Jahrhunderts, Regensburg.
- MUNIER, C. (1979).** *L'Eglise dans, l'empire Romain*. Paris, .
- RAWSON, B. (1966).** Family life among the lower classes at Rome. *Classical Philology*, LXI.
- ROSS, Alf. (1958).** On Law and Justice.
- SAVIGNY, Friedrich Ch. Von.** (1840). *System des heutigen romischen Rechts*. Berlin.
- SCHULZ, F. (1990).** *Principios del Derecho Romano*, Ed. Civitas, Madrid.
- TITO LIVIO,** *Ab Urbe Condita*, Ed. Secretaría de Educación Pública, México, 1987.
- VARRO,** *De Lingua Latina*. Anthropos, México, 1990.

VEYNE, P. (1978). La famille et l'amour sous le Haute-Empire Romain, Annales, 33.

VILLEY, M. (1949). "Du sens de l'expression ius in re en droit romain classique", en Mélanges, De Visscher, Revue Internationale des Droits de l' Antiquité.

VILLEY, M. (1956). "Suum ius cuique tribuens". Studi in onore di P. De Francisci, Giuffrè, Milano, 1956.

WENGER, L. (1935). Aus der Geiteswelt des Mittelalters, Munster.

WINDSCHEID - KIPP. Pandekten, 1ª edición. 1906.